

GLOBALIZACIÓN: UNIVERSALIDAD Y FRACCIONAMIENTO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO¹

MONTSERRAT GUZMÁN PECES
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alcalá

Resumen: En este trabajo se abordan los dos modelos existentes en el ámbito concursal, el universal que propugna la apertura de un único procedimiento de insolvencia, que abarca la totalidad de los bienes del concursado, y el territorial, que permite la apertura de varios procedimientos allí dónde el deudor tiene sus bienes. En el caso español se opta por un modelo mixto tanto en la normativa comunitaria, Reglamento 1346/2000 como en la Ley interna. Además se analiza el funcionamiento y los problemas de interpretación del Reglamento y la aplicación de la Ley 22/2003 en concursos extracomunitarios.

Palabras clave: Universalidad, fraccionamiento, insolvencia, quiebra, Reglamento europeo, Ley Concursal española.

Abstract: In this study both existing models are approached in the area of the insolvency, the universal one that supports the opening of the only procedure of insolvency, which includes the totality of the patrimony of the debtor, and the territorial one, which allows the opening of several procedures there where the debtor has his patrimony. In the Spanish case, it is chosen by a model of compound so much in the community regulation, R1346/2000 like in the internal Law. In addition there is analyzed the functioning and the problems of interpretation of the community regulation and the application of the Law 22/2003 in procedures of insolvency out of de community area.

Keyword: Universal, territorial, insolvency, European Regulation, Spanish Law.

¹ El contenido de este artículo forma parte de la Conferencia pronunciada en el Curso de Verano sobre la Aplicación de la Ley Concursal dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Alcalá, organizado en la Facultad de Derecho de la citada Universidad, que tuvo lugar el día 2 de julio de 2009.

SUMARIO: I. LAS NOCIONES DE UNIVERSALIDAD Y TERRITORIALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES. II. LA PLASMACIÓN DEL MODELO MIXTO EN LA NORMATIVA DE FUENTE INSTITUCIONAL. III. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL REGLAMENTO 1346/2000 SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: 1. Las filiales y el asunto Eurofood–Parmalat. 2. El ámbito de aplicación material del Reglamento 1346/2000. 3. La noción “*centro de intereses principal*” del deudor. 4. La apertura del procedimiento. 5. Los procedimientos de insolvencia secundarios y la “*noción de establecimiento*”. IV. LA REGULACIÓN EN EL SISTEMA AUTÓNOMO ESPAÑOL: LA LEY 22/2003 DE 9 DE JULIO SOBRE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES: 1. La interacción entre la normativa de fuente autónoma, institucional y convencional. V. CONCLUSIONES.

I. LAS NOCIONES DE UNIVERSALIDAD Y TERRITORIALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

En el ámbito de la insolvencia, tradicionalmente, han existido dos modelos muy marcados: el universalista y el de fraccionamiento o territorial. El primero de ellos, parte de la apertura de un único procedimiento que abarque la totalidad de los bienes del deudor con independencia de donde radiquen, por lo que la masa activa del concurso comprenderá todo el patrimonio del deudor, aunque no se encuentre en el Estado de apertura del concurso, y, respecto de la masa pasiva del concurso, estarán llamados todos los acreedores del concursado sin tener en cuenta dónde se encuentren y el lugar de constitución del crédito². Como ventajas de este modelo se pueden señalar las siguientes: al existir un único procedimiento se atribuye la competencia del Juez con carácter exclusivo; los acreedores reciben un tratamiento igualitario, porque se trata de una forma conjunta todos los créditos, y, se evita el indeseable “forum shopping”.

No obstante, en este modelo hay que tener en cuenta que la resolución obtenida en un procedimiento concursal, puede que necesite resultar operativa en otros Estados y es aquí dónde se plantean problemas si no existen unos cauces adecuados de cooperación que permitan garantizar de una manera ágil el reconocimiento y el carácter ejecutorio de una resolución sobre el desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia. Este objetivo se consigue en el marco de un instrumento legal comunitario que resulte vinculante y directamente aplicable (Reglamento 1346/2000) pero en las relaciones transfronterizas con terceros Estados se diluye esta operatividad del modelo universal.

² ARENAS GARCÍA (2009): 562.

Por su parte, en el modelo de fraccionamiento, coexisten una pluralidad de procedimientos concursales con efectos limitados exclusivamente a los bienes del deudor en el país de apertura. Entre las ventajas, destaca que la territorialidad configura un proceso más previsible, cercano, se evita el coste procesal de los desplazamientos de los acreedores, aunque hay que tener en cuenta la diversidad jurídica de los Estados, especialmente si el deudor cuenta con bienes en Estados no comunitarios. No obstante, como se ha señalado por la doctrina mayoritaria, la concepción territorial del concurso plantea algunos inconvenientes, como es el de la localización de los activos del patrimonio del deudor inmateriales como los derechos de propiedad intelectual o industrial y los activos financieros, porque mientras que en el modelo universal la competencia del Juez se vincula al centro principal de intereses del deudor, en el territorial la competencia viene dada por el lugar de situación de los bienes del deudor.

En la actualidad son muy pocos los Estados que siguen un modelo de universalidad pura, optándose por fórmulas intermedias que combinan los dos sistemas. Y este es el caso, del Reglamento al establecer la competencia del Tribunal para la apertura de un procedimiento principal o secundario, la ley aplicable al procedimiento y la eficacia extraterritorial de las decisiones adoptadas en el concurso. En el derecho autónomo español la Ley 22/2003 regula los procedimientos de insolvencia³ partiendo de un modelo de universalidad relativa, muy similar al consagrado en el Reglamento y a la Ley Modelo UNCITRAL⁴, esto es, permitiendo la apertura de un concurso principal donde el deudor tenga su centro de intereses principales. Dicho proceso afectaría a todos los bienes del deudor con independencia del lugar en que se hallen y, permitiendo a su vez la apertura de procedimientos territoriales allí donde el deudor tenga un establecimiento, aunque los efectos de estos procedimientos de insolvencia afectarían sólo a los bienes situados en este territorio.

II. LA PLASMACIÓN DEL MODELO MIXTO EN LA NORMATIVA DE FUENTE INSTITUCIONAL

En la actualidad cada vez existe un mayor número de operaciones empresariales con transcendencia transfronteriza en las que el deudor tie-

³ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

⁴ Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre la insolvencia transfronteriza de 1997 y la guía para su incorporación al derecho interno. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>

ne su principal centro de actividades o intereses en el espacio comunitario por lo que resultaba imprescindible contar con una normativa comunitaria que abordara los problemas de insolvencia del deudor de manera eficaz y efectiva, contribuyendo a la mejora del funcionamiento del mercado interior. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado estos objetivos se potencian mediante la creación de reglas en el sector de la competencia judicial internacional que impidan que el empresario insolvente, transfiera sus bienes de un Estado a otro, buscando una posición jurídica más favorable, que es lo que se ha denominado *forum shopping*⁵ y que el propio Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia⁶ señala como un objetivo a perseguir en el Considerando cuarto. Teniendo en cuenta además, que el Reglamento 44/2001, en adelante Bruselas I, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en el ámbito civil y mercantil, excluye expresamente de su ámbito de eficacia material los procedimientos de insolvencia⁷, era necesario que se recogiera en un instrumento comunitario la normativa sobre competencia judicial, derecho aplicable y reconocimiento relativo a los procedimientos de insolvencia de los comerciantes⁸ (personas físicas y jurídicas).

En el seno de la Comunidad Europea, es a partir de los años setenta cuando empezó a madurar la necesidad de trabajar sobre un Convenio específico que regulara los procedimientos de insolvencia, ya que el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de re-

⁵ FERRARI (2002): 383–407. Compartimos la opinión del autor de que a pesar de la entrada en vigor de Convenios de derecho material uniforme, la actividad consistente en intentar una acción legal ante la jurisdicción considerada como más favorable a los intereses del demandante recobra actualidad, con independencia de las razones clásicas invocadas a propósito de este fenómeno. En su opinión la idea de que el recurso al *forum shopping* se impedirá por la entrada en vigor de reglamentaciones de derecho material uniforme es errónea, en todo caso se verá reducida. Por otro lado, la mayor parte de la doctrina francesa, plantea la posibilidad de establecer algún tipo de sanciones para evitar el abuso de cambio de foro: La primera, estaría basada en la teoría del *forum non conveniens*, que permitiría al juez rehusar el ejercicio de competencia y, la segunda, estaría fundada en la legitimidad del interés de la parte actora. Aunque con el aumento de las posibilidades de elección de foro, como consecuencia en algunos casos de la proliferación de reglamentaciones de diversa fuente de producción (institucional y convencional fundamentalmente) con vocación de ser aplicadas, la tendencia es que se siga manifestando el abuso de derecho a pesar de la armonización y unificación de reglas conflictuales y materiales. Y también CORNUT (2007): 27–55.

⁶ DOCE núm. L 160 de 30 de junio de 2000.

⁷ En concreto el apartado 2. b) del art. 1 del Bruselas I, se refiere a la quiebra, los convenios entre el quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos.

⁸ El Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, no resulta de aplicación a los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, organismos de inversión con fondos o valores negociables de terceros y organismos de inversión, dado que como en el propio Reglamento se señala, éstos están sujetos a regímenes especiales y a controles por parte de las autoridades nacionales.

soluciones en materia civil y mercantil, tampoco contemplaba la quiebra y demás procedimientos análogos por las particularidades de los procedimientos de liquidación de bienes o de suspensión de pagos. Se sucedieron varios intentos de proyectos de Convenio⁹ y finalmente se aprobó el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 con un contenido muy similar al Reglamento, pero que no llegó a entrar en vigor, entre otras circunstancias porque Reino Unido no quiso firmarlo por las tensiones políticas existentes en ese momento¹⁰.

No obstante, a partir del impulso de comunitarización y cooperación en el ámbito civil que introdujo el Tratado de Amsterdam, el Consejo asumió la iniciativa en esta materia y se inició un proceso¹¹ que transformó el Convenio de Bruselas de 1995 en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. En el caso español, si el deudor tiene su centro principal de intereses en España, resultará de aplicación el Reglamento 1346/2000 y por tanto, la aplicación de la ley 22/2003 se circunscribe, a sensu contrario, a los supuestos en que el deudor no tenga su centro principal de intereses en un Estado miembro (situaciones jurídicas extracomunitarias), o al supuesto de que tenga un establecimiento en España.

El Reglamento resulta de aplicación entre los Estados miembros, ya que como se ha indicado a raíz del Tratado de Amsterdam, el Consejo tiene competencia legislativa en el ámbito de la cooperación judicial civil, aunque en el caso de Reino Unido e Irlanda existe un Protocolo anejo al TUE, de este modo estos dos Estados han manifestado su voluntad de participar, a diferencia del Protocolo con Dinamarca que no está vinculada con lo dispuesto en el Título IV del TCE. Por lo tanto el Reglamento resulta operativo en todos los Estados miembros con la excepción de este país¹². Y respecto de su ámbito de eficacia temporal, el Reglamento entró

⁹ En el seno del Consejo de Europa, los trabajos condujeron a la adopción del Convenio Europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, firmado en Estambul el 5 de junio de 1990. En este Convenio se opta por un modelo mixto (universal y territorial) puesto que en el art. 4 se establecía la competencia para la apertura de un procedimiento a favor del Juez del Estado en el que el deudor tuviera su centro de intereses principales y, si éste no se encontraba en el territorio de un Estado firmante del Convenio, también resultaba competente el Juez del Estado en el que el deudor dispusiera de un establecimiento, estableciendo además reglas de coordinación entre los procedimientos de insolvencia principal y secundarios. RAIMON (2007): 8

¹⁰ RAIMON (2007): 9. El autor ha señalado cómo el hecho de que la Convención no se aplicara a Gibraltar pudo constituir la causa fundamental de la oposición de Reino Unido.

¹¹ GONZÁLEZ CAMPOS (2000) : 121-125.

¹² En estos momentos hay planteada una petición de decisión prejudicial ante el TJCE por un Juzgado de lo Mercantil de Málaga y publicada la consulta el 9 de abril de 2008 con las siguientes cuestiones:

“A los efectos de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, dicho Estado ¿Debe considerarse

en vigor el 31 de mayo de 2002 (art. 47), por lo que resultará vinculante en los procedimientos concursales iniciados después de esta fecha.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal, el Reglamento contempla una noción amplia de deudor, esto es, personas físicas y jurídicas. Además es necesario que el deudor tenga su centro principal de intereses en el territorio de un Estado miembro. El problema surge cuando el procedimiento está conectado con Estados miembros y no miembros, dado el ámbito de aplicación espacial limitado del Reglamento. En algunos casos se aplica la reglamentación del derecho autónomo, países como España, Alemania, Polonia, Italia y Reino Unido han optado por una Ley tipo y, en general cada vez es más frecuente la adopción de leyes modelos UNCITRAL para los procedimientos de insolvencia extracomunitarios que establecen un procedimiento muy similar al contemplado en el Reglamento comunitario. En concreto, en el caso español, cuando el deudor tenga su principal centro de intereses fuera de la UE, se aplicará la normativa prevista en la Ley 22/2003 sobre procedimientos concursales que contiene normas sobre jurisdicción y sobre el derecho aplicable equivalentes a las de fuente institucional¹³.

En relación al ámbito de eficacia material del Reglamento, éste se contempla en el art. 1 cuando establece que se aplica a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico. Como han señalado Aguilar Benítez de Lugo y Campuzano Díaz¹⁴, se establecen una serie de condiciones de carácter acumulati-

Estado miembro de conformidad al artículo 16 del Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia?. El hecho de que dicho Reglamento se sujete a dicho protocolo ¿Significa que el citado Reglamento no forma parte de la normativa comunitaria en el citado país?. La falta de vinculación y aplicación del Reglamento 1346/2000 en Dinamarca ¿Significa que los demás Estados miembros no aplicarán dicho reglamento para el reconocimiento y ejecución de resoluciones de insolvencia dictadas en dicho país? O por el contrario ¿Significa que los demás Estados miembros están obligados, salvo que hubiesen formulado salvedades, a aplicar el citado Reglamento cuando la resolución de insolvencia es dictada en Dinamarca y se pretenda su reconocimiento y ejecución en dichos Estados?. En concreto cuando afecta a España.”

¹³ MARQUETTE Y BARBÉ (2006): 561. Como señalan las autoras el Reglamento sólo se aplica a los procedimientos de insolvencia procedentes o que han sido abiertos en los Estados miembros donde el deudor tiene su principal centro de intereses, teniendo eficacia en uno o más Estados miembros. El problema surge en relación al ámbito de aplicación espacial limitado de este instrumento, porque pueden existir puntos de contacto con uno o más Estados miembros y con terceros Estados. En ciertos casos el Reglamento resultaría de aplicación, pero en otros casos se aplicaría el derecho de fuente autónoma de los Estados miembros. Aunque este efecto negativo se enervaría gracias a que las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros han seguido modelos como las leyes tipo de la CNUDCI o UNCITRAL para la aplicación en los procedimientos de insolvencia extracomunitarios de criterios similares a las establecidas en el Reglamento. (p. 561).

¹⁴ AGUILAR BENÍTEZ Y CAMPUZANDO DÍAZ (2005): 605 y 606.

vo en relación con el procedimiento. Esto es, se da primacía al carácter colectivo del procedimiento frente a la ejecución individual de los créditos. Respecto del deudor, es indiferente que sea persona física o jurídica y habrá que acudir al derecho del Estado en el que se abra el procedimiento para determinar estas cuestiones. Además es necesario que la insolvencia del deudor conduzca al desapoderamiento parcial o total de los poderes de administración y disposición de su patrimonio a favor de un síndico, que en la definición del Reglamento (art. 2 b) sería cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor¹⁵. En el caso español en el Anexo A¹⁶ y B se incluyen el concurso y en el C como síndicos a los administradores concursales.

El Reglamento combina el modelo de universalista y territorialista, ya que está prevista la apertura de un procedimiento principal en el lugar en el que el deudor tenga su centro principal de intereses, y un procedimiento territorial de insolvencia aunque limitado a los bienes situados en el territorio del Estado de apertura (art. 3). Es decir, si en un Estado miembro se ha abierto un procedimiento principal, cabe la posibilidad de que en otro Estado se pueda sustanciar un procedimiento territorial basado en la existencia de un establecimiento del deudor. En este sentido el Reglamento prevé dos posibilidades: o bien que en primer lugar se produzca la apertura de un procedimiento principal y posteriormente la apertura de uno territorial; o bien, la apertura de un procedimiento territorial sin que exista por el momento un procedimiento universal o principal abierto. Mientras que en el primer caso para la atribución de competencia tan sólo sería necesario la presencia de un establecimiento del deudor, en el segundo caso, además del requisito anteriormente mencionado, el Reglamento impone una serie de condiciones, como que no sea posible la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado en el que el deudor tenga su centro principal de intereses (apartado a del art. 3.4) o, si la apertura del procedimiento territorial ha sido solicitada por un acreedor cuyo domi-

¹⁵Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006 (Asunto Eurofood–Parmalat).

¹⁶ En Francia, a raíz del asunto Eurotunnel, en el que se plantearon una serie de demandas ante el Tribunal de Comercio de París el 11 de julio de 2006, se cuestionaron si los procedimientos de salvaguarda se regían por el Reglamento 1346/2000 o quedaban al margen del mismo. Eurotunnel era empresa formada por diecisiete sociedades que se encargó del costoso proyecto del tunel sobre el Canal de la Mancha y, a pesar de diferentes reestructuraciones se temió por la financiación y viabilidad del proyecto. El Tribunal de Comercio concluyó que este tipo de procedimientos se enmarcaban dentro de los procedimientos de insolvencia, por lo que a pesar de no estar incluido en el Anexo A del Reglamento la respuesta era afirmativa, por lo que con posterioridad se introdujo esta modificación en el Anexo para dar cabida a este procedimiento.

cilio, residencia habitual o sede coincida con el Estado miembro donde se encuentra el establecimiento o, si el crédito del acreedor tiene su origen en la explotación de dicho establecimiento (apartado b del art. 3.4).

III. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL REGLAMENTO 1346/2000 SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

1. Las filiales y el asunto Eurofood–Parmalat

En cuanto a la interpretación de los conceptos fundamentales del Reglamento 1346/2000, hay un antes y un después de la Sentencia del TJCE en el asunto Eurofood–Parmalat¹⁷. El caso fue objeto de una petición de decisión prejudicial formulada por la Supreme Court de Irlanda, con arreglo a los artículos 68 CE y 234 CE. Los hechos eran los siguientes: Eurofood era una filial al 100% de la sociedad italiana Parmalat, que se registró en Irlanda como sociedad en comandita por acciones, fijando su domicilio en Dublín. El objeto de Eurofood era ofrecer facilidades de financiación a las sociedades del grupo Parmalat. En diciembre de 2003 el Ministro italiano de Producción, atendiendo a la insolvencia de la sociedad italiana, autorizó la incoación de un procedimiento de administración extraordinaria y nombró un administrador extraordinario. Por su parte, el Bank of América NA solicitó a la High Court de Irlanda la apertura de un procedimiento de liquidación forzosa y el nombramiento de un síndico provisional contra Eurofood, alegando la insolvencia de ésta. La High Court nombró un síndico provisional con las facultades de tomar posesión de todos los activos de dicha sociedad, gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria en su nombre y contratar los servicios de un abogado. Al mismo tiempo, en Italia se admitió la participación de Eurofood en el procedimiento de administración extraordinario y se nombró un administrador extraordinario. Éste y el gobierno italiano consideraron que el síndico provisional nombrado en Irlanda no podía abrir el procedimiento principal de insolvencia conforme al Reglamento. El TJCE interpretó el art. 38 en relación con el art. 29, y declaró que el síndico provisional nombrado por la High Court, tenía entre sus funciones el desapoderamiento del deudor, por lo que estaba incluido en el Anexo C del Reglamento.

En definitiva, se consagró la autonomía y competencia de la filial para la adopción de medidas cautelares, que en este caso consistieron en el

¹⁷ CARRARA (2006): 539–562.

nombramiento de un síndico provisional para asegurar la conservación de los bienes del deudor. El Reglamento atribuye competencia en este caso, en virtud del apartado primero del art. 3, en el que respecto de sociedades y personas jurídicas, se presume salvo prueba en contrario, que el centro de los intereses principales del deudor, es el lugar de su domicilio social.

2. El ámbito de aplicación material del Reglamento 1346/2000

También se han suscitado algunos problemas de interpretación en relación con algunas materias en las que no quedaba suficientemente claro si entraban dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000 o, si por el contrario, se encontraban dentro del ámbito de influencia del Bruselas I sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁸. Así, en relación con las materias excluidas del Bruselas I, esto es, la quiebra, convenios entre el quebrado y sus acreedores y demás procedimientos análogos¹⁹, se planteó ante el TJCE²⁰ una petición de decisión prejudicial, en el marco de un litigio entre dos sociedades suecas en relación con una acción reivindicatoria de la propiedad de las participaciones sociales vendidas por una de ellas. Un Tribunal austriaco intervino declarando la nulidad de la adquisición de dichas participaciones. La cuestión básica a dilucidar, era en relación con el reconocimiento entre los Estados miembros de una resolución en un asunto civil relacionada con un procedimiento de insolvencia que había tenido lugar en otro Estado miembro, por lo que se trataba de determinar si la anulación de la transmisión de las participaciones sociales realizada en un procedimiento de insolvencia, dado que el administrador concursal no tenía la facultad de realizar éstos actos dispositivos, se englobaba en la excepción prevista en el art. 1. ap.2. b) del Bruselas I anteriormente mencionado. El TJCE consideró que la acción del litigio principal derivaba directamente de un procedimiento de insolvencia y que guardaba una estrecha relación con éste, por lo que no resultaba de aplicación el Bruselas I.

En definitiva, si hubiera resultado de aplicación²¹ el Reglamento 1346/2000, encajaría perfectamente en la definición del art. 25.1 en rela-

¹⁸ CARBALLO (2008): 187.

¹⁹ art. 1.2.b. del Reglamento 44/2001.

²⁰ Sentencia del TJCE (Sala Primera) de 2 de julio de 2009, en el marco de una petición de decisión prejudicial planteada por el Högstadsdomstolen sueco.

²¹ En este caso en concreto no resulta de aplicación el Reglamento 1346/2000 porque el procedimiento de insolvencia se inició con anterioridad a su entrada en vigor.

ción al reconocimiento de resoluciones derivadas de un procedimiento de insolvencia. En concreto el párrafo segundo establece que “Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste”.

Además el TJCE²² zanjó el alcance del párrafo primero del art. 3 del Reglamento 1346/2000, en relación con una acción revocatoria por insolvencia de un pago por parte del deudor a una sociedad domiciliada en otro Estado miembro. El TJCE estableció que el citado artículo debía interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se había abierto el procedimiento de insolvencia tenían competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado domiciliado en otro Estado miembro.

3. La noción de “centro de intereses principal” del deudor

El Reglamento establece en el considerando undécimo y en el art. 3 la posibilidad de apertura de un procedimiento de insolvencia principal que, en virtud del apartado primero de dicho artículo, resultaría competente el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor y produciría efectos universales, ya que afectaría a todos los bienes del deudor situados en un Estado miembro.

Por su parte, el Reglamento precisa que, salvo prueba en contrario, se presumirá que el centro de intereses principales se corresponde con el domicilio social, en el caso de sociedades y personas jurídicas. Además el concepto de centro de intereses principales se ha calificado de forma autónoma en el Reglamento, buscando su uniformidad, de manera que su interpretación no plantee problemas en cada uno de los Estados miembros. En este sentido en el Reglamento se alude a que el centro principal de intereses, debe corresponder con el lugar en que el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y pueda ser fácilmente averiguado por terceros. En principio parece una conexión fáctica, fácilmente localizable. Ahora bien, su concreción ha generado algunas dificultades en la práctica. De hecho está previsto en el Reglamento que cuando un Tribunal competente adopte la decisión de la apertura de

²² Sentencia del TJCE (Sala Primera) de 12 de febrero de 2009. Se trataba de una petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof alemán en relación con el art. 3 apartado primero del Reglamento 1346/2000.

un procedimiento principal en un Estado miembro, los demás Estados miembros deben reconocer automáticamente tal decisión, basada en el principio de confianza mutua comunitario. El problema principal, es que en el Reglamento no se contempla un tratamiento específico de los grupos de sociedades o multinacionales²³, de manera que es difícil, en algunas ocasiones, precisar si una filial domiciliada en otro Estado miembro, tiene su centro principal de actividades en dicho Estado o, su gestión depende de la Sociedad matriz.

Esta cuestión, tuvo que ser interpretada por el TJCE en el asunto Eurofood–Parmalat al que anteriormente nos hemos referido. En efecto, el decimotercero considerando del Reglamento, al precisar el alcance de dicho concepto, señala que “el centro principal de intereses debería corresponder con el lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”. De esta definición, los elementos básicos de la noción son, en primer lugar, que el centro de intereses principales pueda identificarse con arreglo a criterios objetivos y, en segundo lugar, que pueda ser fácilmente comprobado por terceros.

Como señaló el TJCE, estos dos criterios son esenciales para garantizar la seguridad y previsibilidad a la hora de determinar el órgano judicial competente para abrir un procedimiento de insolvencia, teniendo además en cuenta que la ley aplicable depende de la autoridad competente. Además se establece una presunción *iuris tantum* a favor del domicilio de la sociedad deudora que sólo se puede desvirtuar si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y, que permitan establecer que la actividad real de la sociedad no se corresponden con el domicilio social.

En el citado asunto el TJCE concluyó que Eurofood filial al 100% de Parmalat ejercía su actividad en el territorio del Estado miembro donde estaba domiciliada y que “el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento”.

4. La apertura del procedimiento

En relación al momento de apertura del procedimiento principal, se han planteado también algunos problemas interpretativos, especialmen-

²³ ESTEBAN DE LA ROSA (2003): 173–177.

te cuando el deudor insolvente insta un procedimiento de insolvencia e inmediatamente después traslada su centro principal de intereses y sus bienes a otro Estado. Esta cuestión fue objeto de una petición de decisión prejudicial por parte del Bundesgerichtshof alemán que dio lugar a la decisión cuyas conclusiones presentó el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. Los hechos eran los siguientes: La Sra. Staubitz-Schreiber era una empresaria alemana que explotaba un comercio de aparatos de telecomunicaciones y accesorios. En diciembre de 2001 instó un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio ante el órgano jurisdiccional competente alemán. En abril de 2002 la deudora se traslada a España con todos sus bienes, fijando aquí su residencia. Cuando se procede a la inmovilización de activos para la constitución de la futura masa concursal, ésta resultó infructuosa por falta de bienes y derechos suficientes, por lo que el Tribunal alemán que conocía de la solicitud denegó el auto de apertura. Dicho auto fue objeto de recurso por parte de la deudora, pero se desestimó al considerar que la competencia para tramitar este procedimiento se había desplazado a España de conformidad con el art. 3 del Reglamento 1346/2000. La deudora recurrió en casación y el Tribunal de casación alemán suspendió el recurso para plantear al TJCE la siguiente cuestión: “¿Sigue siendo competente para comenzar el procedimiento de insolvencia el tribunal del Estado miembro al que se haya dirigido la solicitud de su apertura, cuando el deudor traslade el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado tal solicitud, pero antes de la iniciación del procedimiento o, en ese caso, la competencia se transfiere al tribunal del otro Estado miembro?”.

Y es que como sostiene el Abogado General, al analizar el apartado primero del art. 3 del Reglamento, en el que se establece la competencia para abrir un procedimiento de insolvencia a favor de los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro principal de intereses del deudor; del citado epígrafe no se puede extraer, si el órgano jurisdiccional al que inicialmente se dirige la solicitud de apertura del procedimiento, conserva su competencia si el deudor traslada el centro principal de intereses a otro Estado, después de presentar la solicitud, pero con anterioridad a que exista una resolución de apertura. Al hilo de esta cuestión, se analiza el carácter pernicioso del *forum shopping* con carácter general en el ámbito comunitario y, muy específicamente, en el funcionamiento del Reglamento 1346/2000, puesto que el grado de eficacia del mismo se vería desvirtuado si el acreedor no tiene la seguridad jurídica suficiente en el cobro de sus créditos porque el deudor traslada a su antojo su centro principal de intereses de un Estado a otro.

Por tanto, razones de peso obligan a evitar el denominado “conflicto móvil”, fijando el punto de conexión de la norma y, a interpretar el apartado primero del art. 3 en el sentido de que el Tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de intereses principales del deudor en el momento en que éste presenta la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia sigue manteniendo su competencia para incoar dicho procedimiento, aunque el deudor traslade el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado tal solicitud, pero en un momento anterior a la apertura del procedimiento.

También está previsto, que con anterioridad a la apertura del procedimiento principal de insolvencia, se pueda solicitar la apertura en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento, pero estaría limitado a los acreedores locales o, en los casos en que el procedimiento principal no pueda incoarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el deudor tenga su centro de intereses principales. La razón que se aduce en el considerando decimosexto del Reglamento, es evitar una multiplicidad de procedimientos territoriales previos al procedimiento principal. Y en el supuesto de que se incoe un procedimiento principal, éstos pasarían a ser secundarios.

En la práctica se han planteado problemas dado que el Reglamento 1346/2000 no ha contemplado la regulación de los grupos societarios. En Francia, particularmente, se detecta una cierta resistencia judicial a la apertura de procedimientos de insolvencia extranjeros contra filiales situadas en Francia²⁴. Un ejemplo lo constituye el asunto Isa-Daysitek²⁵, en el que un Tribunal de comercio francés no reconoció el procedimiento principal abierto en Reino Unido y decidió la apertura de otro procedimiento principal frente a la filial francesa, alegando que el Tribunal de Reino Unido no había aplicado correctamente el Reglamento 1346/2000 atendiendo a que éste no preveía una normativa específica para los grupos de sociedades. El Tribunal de Reino Unido sostuvo que su competencia estaba basada en que el centro principal de intereses del deudor se encontraba en dicho Estado. Finalmente la Corte de Apelación de Versalles señaló que la atribución de competencia era correcta, dando prioridad a la apertura del primer procedimiento en Reino Unido y resolviendo el problema de la competencia concurrente²⁶.

²⁴ MENJUCQ (2007): 119.

²⁵ KHAIRALLAH (2003): 655.

²⁶ MENJUCQ (2007): 118-121. El autor describe como con anterioridad a la entrada en vigor del

En definitiva, la competencia judicial internacional determinada en el Reglamento, permite que un Juez de un Estado miembro, del lugar dónde radique el centro principal de actividades del deudor, abra un procedimiento de saneamiento o de liquidación de sus bienes, con carácter universal y que los efectos de dicho proceso sean reconocidos automáticamente en el resto de los Estados miembros. Y si el deudor no tiene su centro principal de actividades de un Estado miembro, los Tribunales de dicho Estado sólo tendrán competencia para abrir un procedimiento de insolvencia contra el deudor, si éste posee un establecimiento en dicho Estado y, su efectos se limitarán exclusivamente a los bienes del deudor en dicho Estado.

En este sentido, se establece una competencia preferente del Juez del lugar del centro de actividades del deudor, que cede en determinados supuestos. La competencia del Juez comprende la adopción de medidas provisionales y cautelares y, sobre los derechos de patentes, marcas y análogos. Por el contrario, la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles que pertenezcan al deudor y que se encuentren en el territorio de otro Estado miembro (art. 5); a la compensación de créditos con el deudor (art. 6); a la reserva de propiedad (art. 7); contratos sobre bienes inmuebles (art. 8); sistemas de pago y medios financieros (art. 9); contratos de trabajo (art. 10); derechos sometidos a registro (art. 11).

5. Los procedimientos de insolvencia secundarios y la “*noción de establecimiento*”

En este contexto existe la posibilidad de apertura de un procedimiento de insolvencia secundario o territorial pero subordinado a que el deudor posea un establecimiento en dicho Estado miembro. El Reglamento

Reglamento 1346/2000, en Francia se utilizaba el criterio de situación de la empresa o un establecimiento del deudor en dicho territorio, para la extensión al orden internacional de las reglas de competencia internas, en aplicación de la Jurisprudencia Pelassa. De este modo, los jueces franceses se atribuían competencia para la apertura de procedimientos colectivos, sobre la base de los artículos 14 y 15 del Código civil francés o, atendiendo a la simple conclusión de un contrato en Francia. Y con la entrada en vigor del Reglamento, el autor señala la resistencia de la jurisprudencia y de la mayor parte de la doctrina francesa (partidaria del modelo de universalidad) a la aplicación del Reglamento, como lo demuestran el asunto Daysitek y el asunto SAS Rover en el que el Tribunal de Comercio de Nanterre aplicó el art. 26 del Reglamento, que permite a un Estado miembro negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento, cuando puedan producirse efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y libertades individuales garantizados por su Constitución.

opta por una noción autónoma, aunque utilizando criterios precedentes²⁷. En este sentido el apartado h) del art. 2 lo define como “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes. El informe Virgós/Smith²⁸ seguido por la Jurisprudencia del TJCE, aclara el carácter de estos requisitos acumulativos, al señalar que se requiere estabilidad y una estructura económica (sede secundaria), por lo que no bastaría una mera presencia temporal en dicho territorio (por ejemplo una feria internacional); tampoco serviría la presencia de elementos permanentes sin una estructura económica (por ejemplo una dirección postal) y, finalmente, la presencia de meros bienes no probaría la existencia del establecimiento.

En este sentido, en la sentencia Mosbaek se trató el asunto de una representante comercial de una sociedad inglesa domiciliada en Reino Unido. El trabajo se desempeñaba en Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia y Alemania. La empresa no se hallaba establecida ni registrada en Dinamarca. Tampoco mantenía relación alguna con la administración danesa, en el ámbito tributario o social. Cuando la empresa fue declarada en quiebra y sus empleados despedidos, la Sra. Mosbaek, en su calidad de trabajadora, reclamó un crédito salarial ante el Fondo de garantía danés con arreglo a la legislación danesa. El Fondo denegó su solicitud, alegando que esa competencia correspondía a la institución de garantía del Estado del domicilio del empresario. La Sra. Mosbaek recurrió en vía jurisdiccional, y obtuvo, con carácter prejudicial, una resolución del Tribunal de Justicia, confirmando la tesis del Fondo danés. A los efectos que aquí interesan el Tribunal estableció dos criterios, para precisar cuando se debe entender que una empresa desempeña su actividad en varios Estados miembros: Primero, la infraestructura física y humana imprescindible, acompañada de una vocación de permanencia, en otro Estado miembro; y segundo, la ligazón social y lingüística de los trabajadores que reclaman el crédito de la institución de garantía.

IV. LA REGULACIÓN EN EL SISTEMA AUTÓNOMO ESPAÑOL: LA LEY 22/2003 DE 9 DE JULIO SOBRE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

El alcance de la transnacionalización de la actividad económica y del fenómeno globalizador en el que se desenvuelven las actividades empresa-

²⁷ Vid. Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-310/07 con motivo de la petición de decisión prejudicial planteada por el Lunds tingsrätt sueco.

²⁸ VIRGÓS/SMICHT (2000): 139-223.

riales, caracterizadas por la diversificación de activos y pasivos del deudor, confieren un carácter primordial a la regulación internacional de los procedimientos concursales. Sin perjuicio, de tratar más pormenorizadamente algunos aspectos, o dificultades que plantea la aplicación de la Ley 22/2003, hay que señalar su oportunidad, puesto que en España se carecía de una regulación sistemática de los procedimientos de insolvencia²⁹, y, desde el punto de vista de nuestra disciplina, incorpora normas de competencia internacional³⁰ (art. 11); establece las relaciones entre ordenamientos (art. 199); determina la ley aplicable – *lex fori concursus*– a los presupuestos, efectos, desarrollo y conclusión del concurso declarado en España (art. 200); y prevé una serie de requisitos de carácter acumulativo para el reconocimiento de la resolución de apertura de un procedimiento concursal (art. 220).

La Ley Concursal³¹ en los arts. 10³² y 11 regula la competencia judicial internacional, de modo equivalente al Reglamento, así permite la apertura del concurso si el deudor tienen su centro principal de intereses en España y, se conformaría como un procedimiento principal que afectaría a todos los bienes del deudor con independencia del lugar en que se encuentren. Pero también contempla la posibilidad, aún no teniendo su centro principal de intereses en España, que se abra aquí el concurso porque el deudor tiene un establecimiento.

Por su parte, para la determinación del juez competente internacionalmente se utiliza de nuevo la conexión del centro de intereses principales del deudor; además se configura con carácter exclusivo en las siguientes materias:

- Las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

²⁹ ZABALO ESCUDERO (2010): 871.

³⁰ GONZÁLEZ CAMPOS (1985). Consúltase para una visión general de los problemas suscitados tanto en competencia como en reconocimiento con anterioridad a esta Ley.

³¹ GONZÁLEZ CAMPOS (1982): 327 y ss. Con anterioridad a la Ley Concursal, no existía una norma para determinar la competencia judicial de los Tribunales, puesto que no existía un foro de carácter especial en la normativa del sistema autónomo (22.4 LOP) ni regulación específica en este sector. Ni el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 ni la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 llegaron a ver la luz.

³² El art. 10 también establece la competencia territorial, siendo competente el Juez de lo Mercantil en cuyo territorio radica el centro de intereses principales del deudor o su domicilio y, en el caso del concurso territorial, resultará competente el Juez de lo Mercantil en cuyo territorio se encuentre el establecimiento.

- Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado; así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.
- Ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
- Medidas cautelares que se adopten frente al concursado excepto sobre procesos familiares.
- Las que en el procedimiento se adopten en relación a la asistencia jurídica gratuita.
- Las acciones tendentes a exigir la responsabilidad civil a los administradores sociales, auditores, liquidadores por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.
- Y, por último, las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Por el contrario, se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley, conforme a la Disposición Adicional Segunda de ésta, los concursos de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras y entidades miembros de mercados oficiales que se regirán por una normativa específica atendiendo a sus peculiaridades³³.

1. La interacción entre la normativa de fuente autónoma, institucional y convencional

La ley Concursal española establece en el art. 199, denominado de “las relaciones entre ordenamientos”, la prevalencia del Reglamento comunitario y demás normas de fuente convencional sobre la ley interna, sin concretar los supuestos en los que resultaría de aplicación la ley española³⁴. En este sentido, hay que acudir al Reglamento y una vez determinado su ámbito de eficacia material, espacial y temporal, concluiremos señalando que si el deudor tiene su centro principal de in-

³³ Directiva 2001/17/CE de 19 de marzo de 2001 relativa al saneamiento y liquidación de las compañías de seguros; Directiva 2001/24/CE de 4 de abril de 2001 sobre el saneamiento y liquidación de entidades de crédito.

³⁴ ESPLUGUES (2003): 414.

tereses en España o, en su defecto tiene un establecimiento en España, tiene primacía el Reglamento³⁵, a no ser, que no resulte de aplicación éste porque el concursado tenga su principal centro de intereses fuera del ámbito comunitario, en cuyo caso el foro de competencia retenido en el art. 10.3 de la Ley Concursal recobra su función en el caso de que el deudor tenga un establecimiento en España y, únicamente afectará a los bienes que estén situados en dicho Estado, tanto a los bienes vinculados a la explotación económica como a cualesquiera otro tipo de bienes que se encuentren en este ámbito geográfico³⁶.

Por su parte, respecto de la aplicación de Convenios internacionales en esta materia, teniendo en cuenta que el Reglamento 1346/2000 tiene primacía sobre los Convenios suscritos por los Estados miembros tanto de carácter bilateral como multilateral y, que España no había suscrito ningún Convenio anterior en cuyo ámbito de aplicación material se contemplase, la quiebra, convenios entres acreedores o cualquier otro procedimiento análogos, sólo quedarían a salvo los firmados con terceros Estados como es el caso de Argelia en el 2005 o Mauritania en el 2006 sobre asistencia judicial en el ámbito civil o mercantil³⁷.

Y en sede de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras relativas a un procedimiento concursal, si no resulta de aplicación la normativa comunitaria o un Convenio internacional, los arts. 220 a 226 de la ley interna establecen las condiciones necesarias para la efectividad de tales resoluciones, así como los mecanismos de coordinación entre el procedimiento principal y territorial. Así el primero de los artículos citados señala que el reconocimiento de las resoluciones extranjeras sobre un procedimiento de insolvencia se regirá por el procedimiento de *exequatur* regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 954 y ss.) y que conforme a la reforma que introdujo la Ley 62/2003, corresponde a los Juzgados de primera instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución³⁸, alineando-

³⁵ VIRGÓS Y GARCIMARTÍN (2003): 29 y ss.

³⁶ ESPINIELLA (2004): 310 y ss. Aunque como plantea el autor ante la indefinición de la ley, la situación geográfica de los bienes parece exigir una presencia física, y surge la duda con los activos inmateriales (derechos sometidos a inscripción fundamentalmente) de los que sea titular el concursado. Y también existe una laguna respecto del momento en que se fija la ubicación de los bienes para conocer si forman parte de la masa concursal. Coincidimos con el autor en que esto se debe precisar en el momento de apertura del concurso territorial.

³⁷ CAMPUZANO (2004): 52.

³⁸ ARENAS (2009): 610. Coincidimos plenamente con el autor cuando señala que todavía no se ha producido una adaptación legislativa en este ámbito, dado que si la ejecución se plantea en España, se

se en este sentido con lo preceptuado en el Bruselas I sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en el ámbito civil y mercantil, ya que el Reglamento 1346/2000 remite a éste para la ejecución³⁹.

Concretando más esta cuestión, resultará que el reconocimiento de una decisión sobre un procedimiento de insolvencia resultará automático si se desarrolla por los cauces previsto en el Reglamento 1346/2000. Pero si lo que se pretende es el *exequatur* de la resolución, el Reglamento (art. 25) prevé que se realice conforme a lo previsto en el Convenio de Bruselas de 1968, aunque debe entenderse, en la actualidad, que dicha remisión es conforme al Bruselas I (arts. 38 a 56). Esta última cuestión resulta paradójica, puesto que si bien el Bruselas I excluye de su ámbito de eficacia material la quiebra y demás procedimientos análogos, en sede de ejecución es necesario acudir al procedimiento previsto para cualquier resolución judicial emanada de un Tribunal extranjero. En este sentido, me parece más que oportuno que en los procedimientos concursales intracomunitarios, se siga también la estela marcada en otros ámbitos, como por ejemplo en materia de reclamación de alimentos (Reglamento 4/2009), para que no resulte necesario acudir a un procedimiento de *exequatur* y se agilice al máximo la efectividad de los concursos. Por lo tanto, siguiendo las propuestas de revisión del Bruselas I que introduce la Comisión a través del Libro Verde, si se opta por la supresión del *exequatur*, dejando a salvo la revisión excepcional por cuestiones de orden público (por ejemplo la garantía del derecho de defensa), no sería necesario la inclusión parcial de la quiebra o demás procedimientos análogos respecto del ámbito de aplicación material del Bruselas I.

Por su parte, el reconocimiento en la Ley concursal se regula en el Capítulo III bajo la rúbrica del “Reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia”, dedicando los arts. 220 a 226 a las condiciones del reconocimiento; al nombramiento de administrador o representante extranjero; al reconocimiento de otras decisiones concursales distintas a la de apertura del procedimiento; a los efectos del reconocimiento; a la ejecución en España de resoluciones extranjeras; al pago hecho a un deudor en España sometido a un procedimiento concursal abierto en otro Estado; y a las medidas cautelares acordadas antes de la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en el extranjero.

plantearía ante el Juez de Primera Instancia del domicilio de la parte contra la que se solicita la ejecución o el lugar de ejecución y no, frente a los Jueces de Mercantil, que sí resultan competentes en España para la tramitación de un procedimiento de insolvencia conforme al art. 10 de la Ley concursal.

³⁹ FACH (2010): 990.

El primero de ellos, el art. 220 de la ley interna señala como requisitos para el reconocimiento en España de una resolución extranjera de apertura de un procedimiento de insolvencia:

Primero, la resolución tiene que enmarcarse en un procedimiento colectivo de insolvencia del deudor, siendo necesario que los bienes y actividades del deudor se sometan a un control y supervisión por parte de un Tribunal o una autoridad extranjera con el objetivo de reorganización o pervivencia de la empresa o, en su caso, liquidación para la satisfacción de la masa pasiva.

Segundo, que la resolución sea definitiva según la ley del Estado de apertura del procedimiento.

Tercero, es necesario que la competencia del Tribunal o de la autoridad de apertura del procedimiento esté basada en algunos de los criterios contemplados en el art. 10 de la ley o, “en una conexión razonable de naturaleza equivalente”. El citado artículo señala, el lugar en el que el deudor tenga su centro principal de intereses, entendiéndose por tal, aquel en el que ejerza de manera habitual y reconocible por terceros la administración de los bienes (concurso principal). Y, en el caso de que el deudor no tenga su centro principal de intereses en España, pero posea un establecimiento será competente el Juez de lo mercantil en cuyo territorio radique éste (competencia subsidiaria). En cuanto a la noción de establecimiento, prácticamente se incorporan los criterios manejados en el Reglamento. Se requieren una serie de requisitos de carácter acumulativo: tiene que ser un lugar de operaciones del deudor, en el que éste ejerza de forma estable una actividad económica y, debe estar provisto de medios materiales y humanos. Algunos autores⁴⁰, han señalado que aunque no conste de manera explícita el requisito de “ser reconocible por terceros” es necesario para la satisfacción de la apariencia creada en el mercado y de las expectativas de los acreedores. A mi modo de ver, a diferencia del centro principal de intereses, la noción de establecimiento exige una presencia material fácilmente localizable, resultando suficiente esta conformación para satisfacer los intereses del tráfico jurídico.

Y en relación a la noción “conexión razonable de naturaleza equivalente” como criterio atributivo de competencia sujeto a valoración en la fase de reconocimiento, merece una valoración positiva, teniendo en cuenta que se trataría de dotar de eficacia a decisiones extracomunitarias de apertura de procedimientos de insolvencia, y si se exigieran criterios

⁴⁰ VIRGÓS/SMITCH (2000), ESPINIELLA (2004).

idénticos (Teoría de la correspondencia de efectos) podría conllevar en algunos casos a la denegación del reconocimiento, generando lo que se ha venido en denominar “situaciones jurídicas claudicantes”, con el correspondiente perjuicio para los intereses de los acreedores y en general para las transacciones comerciales internacionales.

En cuanto a la coordinación de procedimientos, partiendo del modelo mixto presente tanto en el Reglamento como en la Ley Concursal, es fundamental que se coordinen los procedimientos abiertos en distintos Estados y, en el derecho internacional privado autónomo se encuentra regulado en los arts. 227 a 230 con relativo acierto, puesto que se establecen obligaciones de intercambio de información de utilidad en otro procedimiento, como por ejemplo de cualquier cambio relevante en el procedimiento, incluido el nombramiento de administrador; información sobre la apertura en otro Estado de un procedimiento de insolvencia; de intervención del síndico del procedimiento universal en el territorial, con propuestas de convenio, de planes de liquidación de los bienes, pago de créditos etc. Del mismo modo, se señala la obligación de información y cooperación de la administración del concurso principal declarado en España con respecto a otro procedimiento abierto en el extranjero y, en este sentido, algunos autores, sostienen que es necesario explorar la vía de los acuerdos o protocolos de cooperación entre los distintos procedimientos de insolvencia, para garantizar la eficacia de los mismos, aunque dichos acuerdos deben limitarse al mejor desarrollo de las distintas etapas del proceso, dejando a un lado cuestiones sustantivas del mismo.⁴¹ Compartimos este planteamiento, debido al creciente aumento de operaciones transnacionales en las que el deudor tiene su centro principal de intereses fuera del marco de la UE.

Del mismo modo en el Reglamento, el buen funcionamiento de los procedimientos concursales, exige la coordinación e información entre los diferentes procedimientos abiertos frente al mismo deudor (procedimiento principal y secundario) para contribuir a una liquidación eficiente de la masa de insolvencia. Partiendo del papel predominante que juega el procedimiento principal, frente al secundario, es necesaria una estrecha colaboración entre los diferentes síndicos, con independencia de las normas aplicables a cada uno de los procedimientos (art. 31). También está previsto que los acreedores puedan presentar sus créditos en el procedimiento principal y secundario, siendo labor de los síndicos anunciar

⁴¹ ARENAS (2009): 617–618; PÉREZ MILLA (2010): 1031–1032. Y sobre la problemática que se plantea en los concursos en grupos de empresas, EIDENNMÜLER (2006): 16 y ss.

en otros procedimientos los créditos ya presentados, de manera que unos acreedores no obtengan ventajas frente a otros (art. 32 y 20).

V. CONCLUSIONES

Después de haber transcurrido ocho años desde la entrada en vigor del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia que hemos analizado en estas páginas, han sido muy numerosos los problemas interpretativos del mismo, en los que ha tenido que intervenir el TJCE, por poner algunos ejemplos, desde el ámbito de aplicación material, pasando por la problemática específica de las sociedades filiales, continuando con el momento de apertura del procedimiento, las nociones de centro principal de intereses y establecimiento. Tampoco resulta particularmente útil que haya que acudir a un procedimiento de ejecución conforme al Bruselas I, teniendo en cuenta que el Reglamento excluye expresamente de su ámbito de aplicación material la quiebra, convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos. En este sentido, sería una oportunidad al hilo de las reformas propuestas sobre este Reglamento, en el que se pretende la supresión del procedimiento de *exequatur*, que se incluyeran también las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por un Tribunal competente para la apertura de dicho procedimiento, así como el convenio dictado por dicho Tribunal, evitando así dilaciones indebidas que impidan el saneamiento o liquidación de las empresas. No obstante, dejando siempre abierta la posibilidad de entablar un recurso extraordinario o de revisión si se ha vulnerado algún derecho fundamental, especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva. Y, respecto de la ley interna, a pesar de ver la luz con posterioridad al Reglamento, no es particularmente clara en algunos aspectos, como en su ámbito de aplicación, quedando relegada ésta a los supuestos en que el deudor tenga su centro principal de intereses fuera de la UE. Simplemente queda por señalar que la actual crisis económica global y la creciente transnacionalización de las actividades económicas constituyen un gran banco de pruebas para detectar las dificultades que plantea la aplicación de la regulación concursal tanto de fuente autónoma como institucional. Si no contamos con procedimientos ágiles y eficaces en este ámbito, puede implicar a medio plazo el aumento de costes en las transacciones comerciales, como paliativo a los riesgos asumidos o soportados por deudores y acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ, M. Y CAMPUZANO DÍAZ, B. (2005): “La competencia judicial internacional en materia concursal”, *Estudios sobre la ley concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. I, p. 599–628.
- ARENAS GARCÍA, R. (2009): “Los procedimientos concursales”, J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *Derechos de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, p. 561–620.
- CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA, J. (2005): *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004): *Aspectos internacionales del Derecho Concursal*, Laborun, Murcia.
- CARBALLO, L. (2008): “Vis attractiva concursus y Reglamento Europeo de Insolvencia. La necesaria intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 13, págs. 185–202.
- CARRARA, C. (2006): “The Parmalat case”, *Rabels Zeitschrift*, vol. 70, págs. 538–562.
- CORNUT, E. (2007): “Forum shopping et abus du Choix de for en droit International privé”, *JDI/1*, págs. 27– 55.
- EIDENNMÜLLER, J. (2006): “Coordinación de procedimientos en los concursos de grupos de empresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9, págs. 7–49.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ (2004): “Artículo 10.3” *Comentarios a la legislación concursal*, Sánchez– Calero Guilarte, dir. Vol. I, págs. 291– 312.
- ESPLUGES MOTA, C. (2003): “La nueva Ley Concursal española y el Reglamento 1346/2000: ¿Matrimonio, cohabitación o mera coexistencia pacífica?”, *AEDIPr*, t. III, págs. 413– 417.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2003): “Repercusión de la insolvencia patrimonial de las sociedades dependientes en los grupos internacionales de Sociedades”, *AEDIPr*, t. III, págs. 171–183.
- FACH GÓMEZ, K. (2010): “art. 220”, *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, 2ª ed., Navarra, Thomson–Aranzadi, págs. 987– 996.
- FERRARI, F. (2002): “Forum shopping et Droit materiel uniforme”, *JDI/1, Clunet*, págs. 383–407.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (2000): « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCDI*, t. 287, págs. 121 y ss.

- (1985): “Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero”, *RFDUCM*.
- (1982): “Aspectos internacionales de la situación concursal”, *La reforma del Derecho de quiebra*. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Madrid, Civitas y Universidad–Empresa, 1982, págs. 327 y ss.
- KHAIRALLAH, G. (2003): CA Versailles, de 4 de septiembre de 2003, *Rev. Crit. Dip.*, 2003, p. 655.
- MARQUETTE y BARBÉ (2006): “Les procédures d’insolvabilité extracommunautaires. Articulation des disposition du règlement (CE) n° 1346/2000 et du droit commun des États members”, *JDI*, págs. 511– 562.
- MENJUCQ, M. (2007): “Droit français des faillites internationales, M. Bouregghda (Coord.) *Les faillites internationales*, Société de législation comparée, París, p. 119.
- PÉREZ MILLA, J. (2010): “De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia”, *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, 2ª ed., Navarra, Thomson–Aranzadi 1025–1032.
- RAIMON, M. (2007): *Le règlement communautaire 1346/2000 relatif aux procédures d’insolvabilité*, París, LGDJ, 2007.
- VIRGÓS, M. y SMICHT, E. (2000) : « Informe sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia », Suplemento *BIMJ*, núm. 1879, págs. 139–223.
- VIRGÓS SORIANO Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2003): *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Civitas.
- ZABALO ESCUDERO, E. (2010): “art. 199 y 200”, en F. Córdón Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, págs. 871–886.